

Ist das Kunst? Dann kann das weg!

Thorsten Kingreen

2020-11-04T21:12:04

„Veranstaltungen aller Art werden abgesagt. Ausgenommen sind verfassungsrechtlich geschützte Bereiche wie beispielsweise Gottesdienste oder das Demonstrationsrecht.“ Das liest man auf der Website des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege, also immerhin der Behörde, der wir die nunmehr „Achte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung“ verdanken. Der erste Satz ist noch durchaus putzig – die Weihnachtsfeier an meinem Lehrstuhl sage noch immer ich ab und nicht ein Ministerium. Der zweite Satz greift hingegen die rechtliche Problematik des seit dem 2. November 2020 verordneten „Lockdown light“ auf, allerdings mit einer frappierenden Naivität. Warum sind nicht auch andere „verfassungsrechtlich geschützte Bereiche“ vom Lockdown ausgenommen? Auch dem Ministerium kann ja nicht entgangen sein, dass das Karussell auf dem Weihnachtsmarkt etwas mit der Berufsfreiheit seines Betreibers zu tun hat, und es gibt Menschen, für die der Besuch des Stadions zum Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) gehört. Zudem zählen etwa das Theater und der Konzertsaal zum Wirkbereich der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG).

Die Verordnungsgeber versuchen sich hier an der gewagten Unterscheidung zwischen der systemrelevanten „Wirtschaft“ und dem gerade nicht so wichtigen Sport- und Kulturbereich. Friseure dürfen öffnen, Kosmetiksalons nicht. Wir dürfen in den nächsten Wochen tagein, tagaus durch Autohäuser und Baumärkte streifen, aber das Kino und die Kabarettbühne sind tabu. Maßgeblich für die Abgrenzung zwischen geöffneten und geschlossenen Einrichtungen ist damit die folgende Kontrollfrage: Ist das Kunst? Dann kann das weg!

Zwar weiß man bei 75% der Fälle gar nicht, wo sich die Betroffenen angesteckt haben. Natürlich kann es auch im Theater oder im Stadion passiert sein. Es hilft also nichts: Wir müssen Kontakte reduzieren. Aber die Ansteckung kann eben auch im Baumarkt oder im Autohaus erfolgt sein. Warum müssen wir zum Infektionsschutz im November zwar auf die Zauberflöte, aber nicht auf die Laubsäge verzichten? In einem politisch-kulturellen Sinne geht es hier um den Respekt vor Institutionen, die mit hohem Aufwand und in der festen Überzeugung, dass alle mitmachen müssen, Hygienekonzepte entwickelt haben. Verfassungsrechtlich problematisch ist es, dass die seit dem 2. November geltenden Verordnungen subkutan unterstellen, es gebe eine Art Hierarchie unter den Freiheitsrechten. Die Religionsfreiheit ist aber nicht wichtiger als die Kunstfreiheit und zudem die Infektionsgefahr im Gottesdienst keine andere als im Theater. Dort könnte man sogar Kontakte nachverfolgen, anders als in den gleichwohl geöffneten Baumärkten und Autohäusern. Bei so tiefgreifenden Grundrechtseingriffen ist es nicht ketzerisch, nach Gründen für diese Ungleichbehandlung zu fragen. Differenzierungen, für die sich keine guten Gründe finden lassen, sind nicht nur verfassungswidrig, sondern sie untergraben auch die politische Legitimation der Maßnahmen zur Bekämpfung des Virus; und das ausgerechnet in einer Situation, in der es wirklich auf jeden Einzelnen ankommt.

Nun sind diese Ungleichbehandlungen allerdings die notwendige Konsequenz einer Abwägung zwischen dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit und den anderen Freiheitsrechten, die wesentlich differenzierter ausgefallen ist, als das im Frühjahr der Fall war. Schulen und Kindertagesstätten bleiben ebenso geöffnet wie der gesamte Einzelhandel. Hier offenbart sich das schwierige Verhältnis zwischen freiheitsrechtlicher Verhältnismäßigkeitsprüfung und dem allgemeinen Gleichheitssatz. Je feiner die Verordnungsgeber abwägen, desto mehr Freiheit ermöglichen sie, aber desto mehr machen sie sich gleichheitsrechtlich angreifbar. Wer einfach pauschal alles zu macht, verursacht zwar freiheitsrechtliche Totalschäden, hat aber zumindest kein Gleichheitsproblem. Daher wurde der Gleichheitssatz im Frühjahr nicht schon beim umfassenden Lockdown, sondern erst bei den differenzierten und auch nicht immer ganz nachvollziehbaren Öffnungen virulent, man erinnere sich nur an die [kuriose 800qm-Regel](#).

Diese Interdependenz zwischen freiheitsrechtlich notwendiger Eingriffsbegrenzung und gleichheitsrechtlich problematischer Differenzierung ist bei Rauchverboten in Gaststätten virulent geworden. Der baden-württembergische Landesgesetzgeber hatte bestimmte Ausnahmen vom Rauchverbot in der getränkegeprägten Gastronomie zugelassen und damit ein abgeschwächtes Konzept des Gesundheitsschutzes verfolgt, das auch die gegenläufigen Interessen der Gastwirte berücksichtigte. An diesem Konzept hielt das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber fest: „Hat sich der Gesetzgeber aufgrund des ihm zukommenden Spielraums zu einer bestimmten Einschätzung des Gefahrenpotenzials entschlossen, auf dieser Grundlage die betroffenen Interessen bewertet und ein Regelungskonzept gewählt, so muss er diese Entscheidung auch folgerichtig weiterverfolgen. Gefahreinschätzungen sind nicht schlüssig, wenn identischen Gefährdungen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beigemessen wird“ (BVerfGE 121, 317 (362 f.)). Es war daher nicht zu rechtfertigen, dass das Rauchverbot zwar auch in Einraum-Gaststätten, nicht aber in Bier-, Wein- und Festzelten galt. Diese Entscheidung ist nun eine Blaupause für die vielen Klagen, die sich nun gegen Differenzierungen wenden, die man jedenfalls mit dem Infektionsschutz nicht begründen kann.

Unproblematisch ist das allerdings nicht, denn eine solche Argumentation begünstigt Alles-oder-Nichts-Lösungen – das bayerische Rauchverbot ist natürlich gleichheitsrechtlich unproblematisch, weil es ausnahmslos gilt. Mit zu hohen Anforderungen an die Folgerichtigkeit von Differenzierungen wird der politische Kompromiss erschwert, etwa zwischen der Gesundheit der Gaststättenbesucher und der Berufsfreiheit der Gastwirte. Niemand will ja einen Lockdown wie im Frühjahr, nur um gleichheitsrechtliche Anfragen zu vermeiden. Von daher werden die Gerichte den Verordnungsgebern gewisse Differenzierungsspielräume einräumen müssen, soweit sie sich infektionsschutzrechtlich begründen lassen. Bei Gaststätten könnte das durchaus funktionieren, denn beim Essen und Trinken kann man nun mal keine Maske tragen und wer die Maske dann auch bei der nachfolgenden Kommunikation nicht hochzieht, wird sich immer rausreden, er trinke doch gerade. Man hat noch nie so viele Menschen auf Bahnhöfen essen und trinken gesehen.

Aber in Bezug auf die erwähnten Kultureinrichtungen ist eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung schwierig, denn hier gibt es eben grundsätzlich keine andere infektionsschutzrechtliche Lage als in vielen nach wie vor geöffneten Einrichtungen. Wenn man hier einerseits gleich wirksamen und andererseits gleichheitsgerechten Infektionsschutz gewährleisten will, muss man eben zwei Wochen die Baumärkte und Autohäuser und dann zwei Wochen Theater und Kinos schließen, aber nicht nur einfach vier Wochen die zuletzt genannten.

Für die verfassungsrechtliche Abwägung kommt es zudem entscheidend darauf an, was diese Maßnahmen genau schützen. Meist wird pauschal auf das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) verwiesen. Dass dieses bislang wenig beachtet wurde, wie das kürzlich behauptet wurde, kann man nun wirklich nicht sagen. In den Anfangstagen der Pandemie wurde es sogar fälschlicherweise zu einer Art Metagrundrecht befördert, das sich jeder Abwägung zu entziehen schien. Dass ausgerechnet der bayerische Ministerpräsident an der Spitze dieser Vereinfacher stand, hatte einen ziemlich faden Beigeschmack, nachdem derselbe Ministerpräsident Gerichtsentscheidungen, die gesundheitsschützende Fahrverbote in Innenstädten angeordnet hatten, selbst nach Verhängung eines Zwangsgelds nicht befolgt hat (s. VG München, Beschl. v. 26. 10. 2017 – M 19 X 17.3931 und sodann EuGH, ECLI:EU:C:2019:1114 – *Deutsche Umwelthilfe/ Freistaat Bayern*). Mittlerweile ist in der Debatte wieder verfassungsrechtliches Land in Sicht; der jetzige „Lockdown light“ ist ja bei allen seinen durchaus zweifelhaften Differenzierungen der grundsätzlich achtenswerte Versuch, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG mit den anderen Freiheitsrechten in praktische Konkordanz zu bringen.

Allerdings wird verbreitet davon ausgegangen, dass mit den Maßnahmen vor allem die individuelle Gesundheit jedes Einzelnen geschützt werde. Deshalb ist die öffentliche Debatte auf die horrende Anzahl von steigenden Neuinfektionen fokussiert, mit der wir seit Wochen jeden Morgen aufwachen. Aber nach wie vor hat die ganz überwiegende Zahl der Infizierten zum Glück entweder gar keine Symptome oder harmlose Verläufe, die eine derart massive Beschränkung des öffentlichen Lebens niemals rechtfertigen würden. Was wir hingegen wirklich schützen und schützen müssen, ist die öffentliche Gesundheit, d. h. die Institutionen des Gesundheitswesens und ihre Mitarbeiter, denen Triage-Situationen auf den Intensivstationen nicht zugemutet werden dürfen. Das zu verhindern, rechtfertigt auch so schwerwiegende Freiheitseingriffe, wie wir sie derzeit wieder erleben müssen.

Verfassungsrechtlich und gesetzestechnisch muss allerdings zwischen der sicherheitsrechtlichen Gefahrenabwehr und der im Vorfeld des Gefahrenabwehrrechts ansetzenden Risikovorsorge differenziert werden. Maßnahmen der Gefahrenabwehr, die die öffentliche Gesundheit schützen, orientieren sich nicht an der Zahl der individuellen Krankheitsfälle, sondern an der medizinischen Infrastruktur (Intensivbetten, Pflegepersonal); wenn hier, wie derzeit, Knappheit droht, ist natürlich auch ein (freilich gleichheitsrechtlich konsequenter) Lockdown gerechtfertigt. Die präventive Risikovorsorge muss sich demgegenüber darauf konzentrieren, wer die Infrastruktur in Anspruch nimmt, d. h. sie muss die Kriterien identifizieren, die die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass Infizierte zu

Intensivpatienten werden. Beispielsweise weiß man mittlerweile, dass tendenziell mehr ältere Menschen betroffen sind und dass drei Viertel der Betroffenen unter Komorbiditäten wie vor allem Adipositas/Übergewicht und Bluthochdruck leiden. Natürlich gibt es auch die 20-jährige ohne jede Vorerkrankung. Wenn man aber die öffentliche Gesundheit schützen will, wird sich die präventive Risikovorsorge auf diese Risikogruppen konzentrieren müssen. Es ist allerdings nach wie vor schwer, diese Debatte zu führen, weil sie vorschnell in die Diskriminierungsecke gestellt und von Schlagworten wie „Wegsperren“ beherrscht wird. Tatsächlich geht es hier aber gerade nicht um das repressive Instrumentarium des Gefahrenabwehrrechts, sondern etwa darum, besondere Angebote für die Beschaffung des täglichen Bedarfs und die Mobilität zu schaffen, berufliche Privilegierungen zu ermöglichen und Test- und Laborkapazitäten zugunsten der Risikogruppen zu priorisieren. Es geht also um Angebote und nicht um sicherheitsrechtlichen Zwang; daher stellt sich auch das Problem der Abgrenzung, wer genau Risikogruppe ist, nicht in der Schärfe wie bei Zwangsmaßnahmen.

Wenn wir trotzdem daran festhalten, vor allem die individuelle und nicht die öffentliche Gesundheit und mit ihr Risikogruppen zu schützen, werden die Lockdowns in Zukunft dem Karussell auf dem nicht stattfindenden Weihnachtsmarkt gleichen: Man kommt immer wieder dort an, wo man eingestiegen ist. Das ist nur auf dem Karussell wirklich praktisch.

